

Angående høring om forslag til ny åndsverklov

Det vises til høringsnotat om forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), med høringsfrist 1.9.2016. De undertegnede, som er vitenskapelig ansatte ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, vil med dette gi sine innspill til forslaget.

Generelt

Det er positivt at det foreslås å lovfeste originalitetskravet og å gi bestemmelsen om fellesverk et klarere innhold.

Kjønnsnøytral betegnelse for innehaver av opphavsrett

Det foreslås i loven å innta en kjønnsnøytral betegnelse for den eller de som er innehaver av opphavsrett, det som i dag betegnes som «opphavsmann». Det foreslås at denne betegnelsen bør bli «opphaver», jf. forslaget § 2-1 første ledd, men det bes samtidig om innspill til dette. Vi er av den oppfatning at «opphaver» språklig sett er en dårlig betegnelse, og viser til Språkrådets innvendinger mot bruk av betegnelsen.¹

Departementet har i sitt valg av betegnelsen «opphaver» lagt vekt på at åndsverk bare kan skapes av fysiske personer, og at «opphavsperson» rent språklig vil skape tvil om det også omfatter juridiske personer.

«Opphaver», slik dette brukes i forslaget og slik «opphavsmann» brukes i nåværende lov, er imidlertid ikke bare en betegnelse på opprinnelig «frembringer» eller «skaper» av et åndsverk, men en fellesbetegnelse på opprinnelig opphavsmann og den som har fått opphavsrett overdratt til seg (tilsvarende den engelske betegnelsen «copyright holder»). For å skille på dette punktet, brukes i dag betegnelsen ”originær opphavsmann” i juridisk litteratur for å klargjøre at det dreier seg om den opprinnelige opphavsmannen.

Slik «opphaver» brukes i forslaget § 2-1 første ledd er det tilsynelatende synonymt med «frembringer» eller den originære opphavsmannen. Slik det brukes i enerettsbestemmelsen i forslaget § 2-2, er det derimot åpenbart som en betegnelse på alle innehavere av opphavsrett, ikke bare frembringer.

Departementets innvending mot bruk av betegnelsen «opphavsperson» fremstår dermed ikke som treffende. Det er snarere slik at bruk av betegnelsen «opphaver» skaper tvil om dette bare er en betegnelse på opprinnelig frembringer, eller også en betegnelse som omfatter senere innehaver av opphavsrett.

Lovens betegnelse på innehaver av opphavsrett bør derfor endres til «opphavsperson».

Man bør også vurdere å endre eller sløyfe siste del av § 2-1 første ledd som sier at «den som skaper et åndsverk» skal «betegnes som opphaver». Denne formuleringen skaper tvil om det dreier seg om en betegnelse på frembringer eller en fellesbetegnelse på innehaver av opphavsrett (slik betegnelsen brukes i loven for øvrig).

¹ <http://www.sprakradet.no/svardatabase/sporsmal-og-svar/opphaver/>.

Verk frembragt av arbeidstakere ved universitetet og høyskoler

Høringsforslaget foreslår i § 5-6 å innføre en ny bestemmelse om åndsverk skapt i ansettelsesforhold. Bestemmelsen er generell, og er formulert slik at den skal omfatte alle typer arbeidsforhold. Forslaget beskrives på s. 274 i høringsutkastet som en regel som «kodifiserer gjeldende rett», og ikke vil gi «noen endret rettstilstand» (s. 275).

Departementets uttalelse står i skarp kontrast til uttalelsene om at det «i de senere år vært omdiskutert om avveiningen av hensynet til spredning og formidling av resultater, og av hensynet til faglig og akademisk frihet, tilsier en større grad av rettighetsovergang». Uttalelsen om kodifisering av gjeldende rett gir dermed et misvisende bilde av de senere års diskusjon om opphavsrettens overgang ved universitet og høyskoler.

Det er per i dag ingen uenighet om at opphavsrettigheter til *forskningsarbeider* som er skapt i arbeidsforhold ved offentlig universitet eller høyskole, ikke går over til arbeidsgiver. Departementets forslag vil dermed medføre en vesentlig endring i rettstilstanden for universitets- og høyskolesektoren.

Det fremheves videre at «[d]en tradisjonelle oppfatning utfordres ... av en utvikling i retning av økt samarbeid mellom vitenskapelige institusjoner og innovasjonsmiljøer i samfunn og næringsliv, hvor en senere kommersiell bruk forutsetter en overgang av rettigheter» (s. 277).

Slikt samarbeid mellom «vitenskapelige institusjoner og innovasjonsmiljøer i samfunn og næringsliv» vil imidlertid primært knytte seg til andre rettigheter enn retten til forskningsresultater som åndsverk, typisk oppfinnelser. Her er regelen i arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 at universitet og høyskoler, med enkelte unntak, har rett til å overta oppfinnelser som er gjort av sine arbeidstakere på lik linje med andre arbeidsgivere.

Slikt samarbeid forutsetter derimot ikke at universitetet overtar større rettigheter til åndsverk som er resultat av ansattes forskning. Selv om forskeren selv kan velge publiseringskanal og tidspunkt for publisering av sin forskning, er ikke det til hinder for samarbeid.

Hva angår *undervisningsmateriale* vil riktignok universitetet overta visse rettigheter uten at dette er uttrykkelig avtalt, for eksempel til å gjøre undervisningsmateriale og opptak av forelesning tilgjengelig på nett mens undervisningen pågår. Her har det riktignok oppstått et større behov for avtaleregulering enn tidligere, særlig når det kommer til digitalt materiale og bruk av dette som ikke er direkte tilknyttet pågående undervisning.

Et noe større behov for avtaleregulering er imidlertid ikke et argument for en presumpsjonsregel om at rettighetene til slikt materiale går over til arbeidstaker i mangel av annen avtale.

I det hele tatt illustrerer denne rettstilstanden, som ikke kan sies å være omdiskutert, at regelen for overgang av verk skapt i arbeidsforhold er den motsatte for vitenskapelig ansatte i universitets- og høyskolesektoren enn den er i andre sektorer. Der hvor verk i andre arbeidsforhold normalt går over til arbeidsgiver fordi slik overdragelse typisk er nødvendig for at ansettelsesforholdet skal nå sitt formål, er regelen i universitets- og høyskolesektoren den motsatte: Opphavsrett til åndsverk går som den store hovedregel *ikke* over til arbeidsgiver, fordi slik overdragelse ikke er nødvendig for at ansettelsesforholdet skal fungere som forutsatt av arbeidsgiver.

Disse forskjellene mellom ulike områder gjør at man nøye bør vurdere hvorvidt det egentlig er hensiktsmessig å lovfeste en generell regel for opphavsrettens overgang i arbeidsforhold. Det er som det påpekes i Ot.prp.nr.15 (1994-1995), fortsatt behov for at en regel om overdragelse av opphavsrett i arbeidsforhold skal kunne «utvikle seg i praksis innen de forskjellige områder uten presumpsjonsregel i loven».²

Hvis man likevel velger å lovfeste en generell regel bør bestemmelsen uttrykkelig avgrenses mot vitenskapelig ansatte i universitets- og høyskolesektoren, og eventuelt andre som driver samme type selvstendig og uavhengig arbeid. Noe annet kan medføre uklare og uønskede konsekvenser både for den enkelte ansatte, og også for institusjonen som ikke er innrettet på rettighetsforvaltning, når det gjelder forvaltningen av rettighetene.

Ny avgrensingsbestemmelse for parodier

Departementet har, på grunnlag av utviklingen av EU-domstolens praksis (bl.a. sak C-201/13 Deckmyn) vurdert om det bør innføres en egen avgrensingsregel for parodier. Alternativet er å støtte seg til gjeldende forståelse om at parodi er selvstendige verk (høringsutkastet s. 109).

Det har lenge vært antatt at norsk opphavsrett åpner for frembringelse av parodier, uten at dette kommer i konflikt med opphavsretten. Styrken i denne antakelsen kan imidlertid diskuteres, all den tid et slikt unntak for parodier ikke har vært anvendt i praksis.

Forståelsen om at parodier må anses som selvstendige verk bygger imidlertid på en selv-motsigelse. Det karakteristiske ved et selvstendig verk er at det ikke gjengir beskyttede elementer fra et annet verk. Formålet med en parodi – å latterliggjøre et annet verk – vil som regel nettopp forutsette at man gjengir slike vernede elementer.

Å anse parodier som selvstendige verk vil derfor nødvendigvis gjøre at inngrepsvurderingen kommer skjevt ut. Man vil da måtte erkjenne at parodien gjengir vernede deler av det opprinnelige verket, men likevel konstatere at dette ikke utgjør et inngrep fordi dette er gjort i parodihensikt. I ytterste konsekvens kan en slik rubrisering av parodier også påvirke vurderingen av verkshøyde, i den forstand at denne påvirkes av hva slags verk deler av et eksisterende verk brukes i. Dette fremstår som en lite hensiktsmessig tilnærming.

I den grad man mener at man mener at parodier ikke bør regnes som en opphavsrettlig krenkelse, bør parodier betraktes som et eget unntak fra opphavsmannens enerett, og ikke som et selvstendig verk. Da vil det fremgå klart av loven at parodier ikke nødvendigvis utgjør selvstendige verk etter forslaget § 2-4 andre ledd.

Listen over eksempler på åndsverk i § 2-1 andre ledd

Høringsforslaget foreslår å videreføre nåværende åvl. § 1 andre ledd nr. 13 om «oversettelser og bearbeidelser av verk». Listen i § 2-1 andre ledd vedrører spørsmålet om *hvilke typer av frembringelser som innholdsmessig kan anses som åndsverk* og dermed ha vern etter åndsverkloven.

² Jf. Ot.prp.nr.15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m s. 100.

Spørsmålet om vern av oversettelser og bearbeidelser av et verk angår derimot spørsmålet om et åndsverks *beskyttelsesomfang*. Dette er et spørsmål som naturlig hører hjemme i forslagets § 2-2 om omfanget av eneretten. Her er det i forslaget til § 2-2 fjerde ledd slått fast at eneretten «omfatter åndsverket i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk». Bestemmelsen om at åndsverk blant annet omfatter «oversettelser og andre bearbeidelser» i § 2-1 andre ledd nr. 13 er derfor overflødig ved siden av § 2-2- fjerde ledd. Forslaget til § 2-1 andre ledd nr. 13 bør derfor sløyfes.

Strømming av innhold fra ulovlig kilde

Høringsforslaget foreslår å regulere strømming av materiale på internett som ikke er klarert med rettighetshaver (strømming fra ulovlig kilde), uavhengig av hva slags teknologi som anvendes for strømmingen.

Bestemmelsen om strømming er foreslått formulert med to sentrale vilkår i § 2-2 tredje ledd; (1) at åndsverket «åpenbart ulovlig er gjort tilgjengelig», og (2) at «bruk fra den ulovlige kilden er egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad».

Det kan angis argumenter for å regulere strømming fra ulovlige kilder (s. 38 flg. i høringsnotatet). Det finnes imidlertid også klare argumenter mot å lovregulere dette.

Det er for det første vanskelig å formulere en bestemmelse som ikke går for langt. Departementet problematiserer blant annet ikke om den foreslåtte vide formuleringen av regelen vil kunne omfatte, og dermed komme i et spenningsforhold til, tilfeller hvor EU-domstolen har slått fast at handlingene er lovlige: Det dreier seg om lenker til andres materiale på Internett, og lagring av opphavsrettslig beskyttet materiale i datamaskinens internminne. Uttalelsene i dommene er utpreget generelle, og kan tenkes også å gjelde handlinger knyttet ulovlig publisert materiale.

Det er for det andre et uklart forhold mellom ulike uttalelser i høringsnotatet angående regelen om strømming. Det fremgår at det med bestemmelsen ikke siktes til «den enkelte brukers strømming, men virkningene av at det strømmes fra den aktuelle ulovlige kilden» (s. 42). Strømmingen må være «egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad», jf. lovteksten.

Av høringsnotatet fremgår det at det likevel er den enkelte bruker som skal sanksjoneres dersom strømmingen, riktnok under forutsetning av at vedkommende har ansett det som sikkert eller overveiende sannsynlig at disse vilkårene er oppfylt (dvs. at han har handlet forsettlig)» (s. 41).

Det er åpenbart at det ikke er den enkeltes strømming som er bakgrunn for ønsket om lovreguleringen, men den samlede effekten et betydelig antall unike strømminger har for opphavspersoners økonomiske interesser. At man likevel forsøker å ivareta disse interessene gjennom en regel som kan ramme enkeltpersoner som strømmer en enkelt film, synes lite velbegrunnet og legitimt: Bestemmelsen inviterer, etter departementets forståelse, til å holde en tilfeldig oppsporet strømmer ansvarlig for at bruken, samlet sett alle strømmere tatt i betraktning, er egnet til «vesentlig» økonomisk tap, på bakgrunn av brukerens eget ubetydelige økonomiske inngrep.

Det er også svært utfordrende å formulere en bestemmelse som ivaretar opphavspersoners interesser, uten samtidig å (bevisst eller ubevisst) tillegge et erstatningsansvar til enkeltpersoner som ikke er proporsjonalt med overtredelsen. Den foreslåtte bestemmelse, med tilhørende merknader, synes ikke å være balansert.

Hvis en enkeltperson kan holdes ansvarlig etter bestemmelsen, må det i tillegg antas at det vil være vanskelig å spore vedkommende opp. En slik oppsporing kan også fremstå som lite proporsjonal med den økonomiske virkningen av overtredelsen.

Å etablere en regel fordi den kan tenkes å ha en «holdningsskapende effekt» (høringsnotatet s. 41), fremstår ikke som særlig overbevisende. Tvert imot vil regler i åndsverkloven som vanskelig kan håndheves, kunne bidra til å undergrave respekten for loven, særlig hvis det dreier seg om handlinger som ikke truer rettighetshaverens interesser i særlig grad.

Et alternativ er å la bestemmelsen utgå i denne omgang, og komme tilbake med et nytt forslag på et senere tidspunkt.

Så vidt vi forstår, mener departementet uansett å videreføre regler som ansvarliggjør internettilbydere, og gir dem ansvar for å sperre tilgangen til nettsider som tilfredsstiller vilkårene i den foreslåtte bestemmelse, altså når det er åpenbart at nettsiden ulovlig tilgjengeliggjør åndsverk, og bruk av strømmingen på siden utgjør en vesentlig økonomisk trussel for rettighetshaver. En slik fremgangsmåte synes å være den åpenbart mest effektive for å stanse strømming av innhold fra ulovlig kilde.

Det vises i denne sammenheng til dommen i TOSLO-2016-72899, som med hjemmel i åvl. § 56 c påbød flere internettilbydere å hindre tilgang til en rekke nettsider som ga mulighet for strømming av ulovlig materiale.

Det bemerkes også at reguleringen av strømming fra ulovlig kilde uansett bør plasseres et annet sted enn i åvl. § 2-2. en bestemmelse om opphavsrettens innhold. Et av lovforslagets formål er å gjøre loven mer pedagogisk, og da fremstår det som lite treffende å plassere én av mange ulike måter å gjøre inngrep i opphavsretten på, i en bestemmelse om opphavsrettens innhold. De som er mindre kyndige i opphavsrett, kan da få inntrykk av at andre måter å anvende åndsverk på, ikke er i strid med loven.

Bergen 01.09.16

Knut Martin Tande

Torger Kielland

Jonas Jenssen